



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
FAJS. Curso de DIREITO - CD

EDUARDO COSTA SIQUEIRA

**O USO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DURANTE
OS DEBATES NO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA
INCONSTITUCIONALIDADE**

Brasília

2014

EDUARDO COSTA SIQUEIRA

**O USO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DURANTE
OS DEBATES NO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Georges Seigneur

Brasília

2014

A meus pais, por me proporcionarem sempre o melhor estudo, apesar de todas as dificuldades e dos momentos ruins, sempre foram meus amigos e me ajudaram em tudo que precisei, nunca deixando faltar nada. Por serem meu exemplo, eu quero que se orgulhem de mim.

Aos meus avós Abelardo e Maria do Socorro, que sempre acreditaram no meu potencial. Pretendo dar o meu melhor, para deixá-los orgulhosos.

Ao meu único e querido irmão, que eu tanto amo, pelas alegrias que tem me proporcionado desde a sua concepção, e também por aquelas que eu sei que hão de vir. Minha maior alegria será um dia ser seu exemplo.

Aos demais amigos, que me apoiaram e tiveram paciência durante a realização deste trabalho.

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem ele eu não estaria aqui.

Aos meus amigos de sala que estão comigo nessa jornada desde o começo da faculdade em 2010 e sem eles não teria chegado onde estou hoje, serão amizades que levarei para toda vida.

Ao Mestre e amigo Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur, pelos momentos de reflexões que me conduziram ao melhor desenvolvimento do presente trabalho. Além do mais, foi uma honra tê-lo como orientador, uma vez que os seus ensinamentos não ficaram adstritos às meras páginas desta monografia, e que estes ensinamentos serão úteis nesta nova fase da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho aborda a inconstitucionalidade da apresentação dos antecedentes criminais do réu no Tribunal do Júri, pois fere os princípios da plenitude de defesa, da culpabilidade baseada nos fatos, bem como da presunção de inocência. Todos esses princípios estão expressamente garantidos na Constituição Federal de 1988. Também apresenta o posicionamento de algumas doutrinas sobre o tema e sobre o instituto da reincidência. A finalidade última desta monografia é sugerir a proposição de uma Emenda ao Projeto de Lei do Senado, nº 156 de 2009, projeto esse que trata da reforma do Código de Processo Penal, para que conste em seu texto a proibição de qualquer referência aos antecedentes do réu durante os debates em plenário.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Direito penal. Antecedentes criminais. Direito penal do autor. Processo penal. Inconstitucionalidade.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	8
1 O TRIBUNAL DO JÚRI	10
1.1 Breve histórico	10
1.2 Plenitude da defesa.....	11
1.3 Sigilo nas votações.....	11
1.4 Soberania dos Veredictos.....	11
1.5 Competência mínima para julgar crimes dolosos contra a vida	12
1.6 Segunda fase do Tribunal do Júri	12
1.6.1 Atos praticados nessa fase	12
1.6.2 Debates.....	14
1.6.3 Quesitos	15
1.6.4 Votação.....	16
1.6.5 Sentença.....	16
1.7 Os Jurados.....	17
1.7.1 Prerrogativas para ser jurado.....	17
1.7.2 Jurados: Razão X Emoção	17
1.8 Causas de nulidades do julgamento: artigo 478 do CPP.....	19
2 O instituto da Reincidência	21
2.1 O surgimento da reincidência no direito penal.....	21
2.2 O Instituto da reincidência no direito penal brasileiro.....	22
2.3 A evolução do instituto da reincidência no direito penal brasileiro	23
2.4 A atual sistemática da reincidência no Código Penal	24
2.5 Os efeitos extrajudiciais da reincidência	25
2.6 Raízes da reincidência	25
2.7 Da periculosidade à culpabilidade (do autor)	26
2.8 Diante do princípio do non bis in idem	27

2.9	A dignidade da pessoa humana	28
2.10	O instituto da reincidência e o Estado democrático de direito	29
2.11	A justificação doutrinária do instituto da reincidência	30
2.12	A deslegitimação do discurso justificador do instituto da reincidência pela sociologia criminal	31
2.13	Diante do desenvolvimento da ciência penal.....	31
2.14	Quanto a abrangência material do instituto da reincidência	32
2.15	Influência da reincidência na execução penal	32
2.16	Tratamento da reincidência.....	32
3	Os antecedentes criminais aplicados no tribunal do júri com base no direito penal do autor	34
3.1	Direito penal do autor	35
3.2	Discurso da acusação	36
3.3	Plenitude de defesa.....	37
3.3.1	Diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa.....	38
3.4	Discurso da defesa	39
3.5	A inconstitucionalidade da apresentação dos antecedentes criminais durante os debates no tribunal do júri.....	40
3.6	PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 156 DE 2009 – PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	44
	CONCLUSÃO	47
	Referências.....	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho será desenvolvido no âmbito do Tribunal do Júri, que por sua vez é a maior expressão de democracia no direito penal, onde a condenação de um indivíduo se dá por meio do veredicto de jurados leigos. No entanto, estes sofrerem limitações técnicas no âmbito processual, ficando a cargo do Juiz Presidente conduzir o bom andamento do julgamento, como também fica responsável por eventuais questões de direito que possam surgir.

Posto que os jurados decidem seu julgamento de acordo como os fatos narrados nos autos, que no ordenamento jurídico brasileiro é conhecido como Direito Penal do Fato, durante o Júri, no momento em que a acusação apresenta suas teses acusatórias, na maioria esmagadora das vezes, traz à tona, como argumento acusatório, os antecedentes penais do acusado. A consequência dessa dinâmica, induz a condenação do acusado pelo seu modo de vida, denominada Direito Penal do Autor.

A problemática acima descrita foi a que deu início ao estudo deste trabalho, que por sua vez tem como finalidade a nulidade do conselho de sentença caso os antecedentes criminais fossem trazidos durante os debates em plenário.

Para isso, este estudo se desenvolverá em três capítulos: o primeiro trata de um resumo histórico do rito do tribunal do Júri, analisando seu modo de funcionamento na atualidade, concluindo com a discussão de alguns princípios sociais e constitucionais.

No segundo capítulo é discutido, para maior compreensão do instituto da reincidência, sua evolução histórica e sua aplicação na prática penal real, demonstrando assim, os efeitos extrajudiciais, juntamente com os conceitos de culpabilidade e periculosidade. E em divergência, abordará também a justificativa daqueles que defendem a aplicação da reincidência e seus efeitos durante a execução penal.

No terceiro capítulo é discutido o conceito do direito penal do autor e o porquê da lei penal brasileira não o utilizar como parâmetro, além de fazer uma reflexão sobre os debates no Tribunal do Júri, onde a reincidência é utilizada na contramão dos princípios constitucionais aplicados no direito penal, como o *no bis in idem*, o qual apregoa que “ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime”. Continua, ainda neste capítulo, dissertando sobre os fundamentos que indicam a inconstitucionalidade da apresentação dos antecedentes durante o plenário, finalizando com a discussão de uma proposta de emenda ao artigo 380 do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, para que seja incluído um inciso proibindo a menção aos antecedentes criminais do acusado nos debates em plenário, sob pena de dissolver o conselho de sentença.

A apresentação do estudo se dará por uma análise, histórica e doutrinária, do instituto a ser questionado, formando uma opinião crítica. Baseando nesta análise e em seus fundamentos, tem o objetivo de comprovar que a tese defendida é a cabível no ordenamento jurídico brasileiro atual.

1 O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri existe no Brasil desde o império. Atualmente, está situado entre os direitos e garantias fundamentais, permitindo ao povo o direito à participação nos julgamentos públicos do poder judiciário, convocando membros da sociedade para julgar seus pares¹.

1.1 Breve histórico

O Júri foi primeiramente disciplinado em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 18 de junho de 1822, o que ficou limitado ao julgamento apenas dos crimes de imprensa². Após a Constituição imperial de 25 de março de 1824, o Júri passou a ser um órgão integrante do poder judiciário tendo competência tanto na esfera penal com na cível. Algum tempo depois, em 29 de novembro de 1832, foi disciplinado pelo Código de Processo Penal, lhe conferindo ampla competência. Só foi restringida em 1842, quando entrou em vigor a Lei n. 261/1842³.

Na atual Carta Magna, é reconhecido a instituição do júri como a organização que lhe der a lei, ou seja, uma organização autônoma, assegurada com princípios básicos: a plenitude do direito à defesa, o sigilo nas votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolos contra a vida, na forma tentada ou consumada. O Júri está disciplinado na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXVIII, inserido no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais⁴.

O Tribunal do Júri tem por finalidade a de aplicar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, no lugar do Juiz togado, preso as regras judiciais, sejam julgados por seus pares, ou seja, pessoas leigas as regras jurídicas⁵.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.7.

² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 652.

³ Idem, p. 652.

⁴ Idem, p. 652.

⁵ Ibidem, p. 653.

Os princípios básicos do Tribunal do Júri são: a plenitude da defesa, o sigilo nas votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assim vamos discorrer melhor sobre eles⁶.

1.2 Plenitude da defesa

A plenitude da defesa implica em um grau do exercício maior que o da ampla defesa. A defesa plena sem dúvida é uma expressão mais intensa, compreendendo dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da **defesa técnica**, por parte do profissional habilitado. Essa defesa deve ser fiscalizada pelo Juiz-Presidente, podendo até dissolver o conselho de sentença por entender que o réu está indefeso (artigo 497, inciso V, Código de Processo Penal), dada a ineficiente atuação do defensor constituído. E segundo, a **autodefesa** do réu, momento em que esse pode apresentar a sua tese de defesa pessoal no momento do interrogatório, relatando ao Juiz a versão dos fatos que entende sendo a mais benéfica para si⁷.

1.3 Sigilo nas votações

O sigilo nas votações é princípio informador específico do Júri, ou seja, a ele não se aplica o dispositivo no artigo 93 inciso IX da Constituição Federal, que aborda o princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário. Sendo assim, segundo o STF, não há qualquer inconstitucionalidade no dispositivo que trata da sala secreta, pois o que acontece lá dentro somente as partes envolvidas no processo, o Juiz Presidente, o escrivão, o oficial de justiça, e os jurados terão conhecimento⁸.

1.4 Soberania dos Veredictos

Já a soberania dos veredictos implica na impossibilidade de o Tribunal técnico modificar a decisão dos jurados leigos pelo mérito. Sendo este um princípio relativo, já que, na apelação, o Tribunal pode anular o Júri e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados foi contra as provas produzidas nos autos⁹.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 653.

⁷ Idem, p. 653.

⁸ Idem, p. 653-654.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 654

1.5 Competência mínima para julgar crimes dolosos contra a vida

É importante ressaltar neste tópico que a competência mínima para julgar os crimes dolosos contra a vida não impede que o legislador infraconstitucional a amplie para outros crimes¹⁰.

1.6 Segunda fase do Tribunal do Júri

1.6.1 Atos praticados nessa fase

No dia do julgamento o Juiz Presidente deve seguir a ordem exata dos atos do processo. Não o fazendo, poderá acarretar a nulidade do julgamento. “A inversão da ordem legal dos atos do processo, contrariando a estabelecida nos artigos 466 e 467 do CPP, importa em nulidade do julgamento (TJSP – Ap. Crim. 115.992-1ª C.- j. 26.06.1972)¹¹.”

Após o Juiz verificar a presença do mínimo necessário (15 jurados), anuncia, então, o processo a ser julgado. Em seguida, serão sorteados os jurados, facultada as partes a recusa imotivada de três jurados cada. Podendo ocorrer outras recusas desde que motivadas por uma das partes. Após os sorteios e o conselho de sentença estar formado com sete jurados, o Juiz Presidente seguirá o procedimento do artigo 472 do Código de Processo Penal¹². Em seguida, será realizado o compromisso dos jurados, que está contido no artigo 464 do Código de Processo Penal¹³.

Lido o relatório pelo Juiz Presidente, cumpre-se os requisitos necessários presentes no artigo 466 do Código de Processo Penal¹⁴.

Em continuação, vem a parte da inquirição das testemunhas a serem ouvidas em plenário. Ocorrendo o encerramento do relatório, serão ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, no limite de cinco para cada uma. A testemunha, ao ter sido arrolada e ter constado que seu depoimento é indispensável para o caso, estiver

¹⁰ Idem, p. 654

¹¹ MARREY, Adriano e outros. *Teoria e Prática do Júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 298

¹² Ibidem, p. 284-285

¹³ Ibidem, p. 288-289

¹⁴ Ibidem, p. 295

ausente, serão obedecidas as regras nos mesmos termos descritos no artigo 461 do Código de Processo Penal¹⁵.

Art. 461: “O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.

§ 1º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o Juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§ 2º O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.”

Nesse caso, o Juiz Presidente determinará sua presença coercitiva imediata. Se não for possível o julgamento, será remarcado para o próximo dia útil e será expedido mandado de apresentação forçada da testemunha. O Juiz não poderá dispensar o depoimento da testemunha arrolada contra a vontade das partes, caso isso ocorra, gera nulidade do julgamento, dispositivo legal exposto no artigo 455, §1º do Código de Processo Penal¹⁶.

Se caso a testemunha não for encontrada, mesmo com inúmeras diligências, o julgamento terá início, pois este não pode ficar dependendo de alguém já procurado e não encontrado¹⁷.

Nessa fase as solicitações de diligências pelas partes já estarão concluídas, com a exceção do chamamento de peritos para esclarecimento de laudos realizados durante a coleta de provas. Os peritos podem ser solicitados pelo Juiz Presidente de ofício, afim de esclarecimentos relevantes, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal¹⁸.

Os depoimentos devem ser orais, não sendo permitido ler algo já pronto, somente pontos a serem lembrados. O Juiz pode determinar de ofício, atendendo a

¹⁵ MARREY, Adriano e outros. *Teoria e Prática do Júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1991, p. 297

¹⁶ Ibidem, p. 298

¹⁷ Idem, p. 298

¹⁸ Idem, p. 298

solicitações das partes sobre uma testemunha não arrolada, para que possa ser ouvida em plenário com o intuito de esclarecer a verdade¹⁹.

Serão ouvidas primeiras as testemunhas arroladas pelo Juiz, em seguida as testemunhas arroladas pela acusação, e por último, as da defesa. A ordem de quem pergunta é descrito nos artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal, e as perguntas podem ser reperguntadas sem o intermédio do Juiz. O Juiz tem o dever de administrar os jurados quando as perguntas puderem comprometer o julgamento²⁰.

Para que uma testemunha possa ser dispensada, tem que haver o acordo do Juiz, das partes e dos jurados. Caso ocorra impugnação à liberação de testemunha, há de ser nulo o julgamento, segundo jurisprudência do TJSP. É facultada a presença de testemunha que se encontre em outra Comarca, com o fundamento de que ela não é obrigada a se deslocar para prestar depoimento²¹.

O não comparecimento de testemunha no julgamento não será motivo para o adiamento, salvo se essa foi arrolada por uma das partes, tomando como base que a testemunha foi arrolada como imprescindível²².

1.6.2 Debates

Após a fase de inquirição das testemunhas e dos peritos, inicia a parte dos debates. Nesse momento, a acusação, tanto o Ministério Público ou o assistente de acusação, decorre sobre a imputação da conduta praticada pelo réu, já a defesa contesta os argumentos da acusação demonstrando a inocência do acusado, ao expor os fatos que atenuem ao máximo sua pena. Quem falará primeiro é a acusação assim que autorizada pelo Juiz²³.

A acusação falará de acordo como está descrito no artigo 471 do Código de Processo Penal, com a exposição dos fatos e posteriormente sobre o enquadramento no tipo penal, não se poderá trazer fato novo que imputa novo

¹⁹ MARREY, Adriano e outros. *Teoria e Prática do Júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 299

²⁰ Ibidem, p. 300

²¹ Ibidem, p. 304

²² Ibidem, p. 305 -306

²³ Ibidem, p. 314

crime, pois isso pegaria o réu de surpresa e o deixaria indefeso. O tempo para a acusação é de 2 horas, podendo ser distribuídos entre os acusadores, sem acordo entre eles, o Juiz Presidente arbitrará o tempo para cada um, sendo mais de um réu, o tempo será acrescido de uma hora²⁴.

Já a defesa deverá convencer os jurados da inexistência do crime ou da culpa do réu, segue o mesmo critério da acusação, com a duração de duas horas, e no caso de mais de um réu, três horas. O discurso da defesa deve ser reduzido ao essencial, pois se dita frases eruditas, com efeito moral acaba sendo vagas e não servindo para o caso concreto ali discutido²⁵.

Pode haver réplica no período de duração de meia hora para cada parte, mas não são obrigatórias. Caso o Promotor verifique que não há provas para a condenação do réu, esse pode pedir a absolvição deste. Já à defesa, é vedada a renúncia a ela e ao pedido de condenação do réu²⁶. “O defensor que, em plenário, dá o seu testemunho pessoal sobre circunstâncias do crime, sendo o fato registrado na ata e não contestado, ocasiona a anulação do julgamento²⁷”.

Pode haver tréplica, mas nessa não poderá haver inovação de tese pela defesa, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório²⁸.

Se houver mais de um acusado, o tempo, tanto para a acusação como para a defesa, será acrescido de uma hora e levado ao dobro na réplica e na tréplica²⁹.

Encerrados os debates, o Juiz Presidente pergunta para os jurados se eles estão habilitados para julgar ou se precisam de mais esclarecimentos, esclarecimentos estes relacionados apenas a questões de fatos³⁰.

1.6.3 Quesitos

²⁴ MARREY, Adriano e outros. *Teoria e Prática do Júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 315-316.

²⁵ Ibidem, p. 317.

²⁶ Ibidem, p. 319.

²⁷ Ibidem, p. 323.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 672.

²⁹ Idem, p. 672.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 673

Não havendo dúvidas o Juiz Presidente fará a leitura do questionário, que é o conjunto de quesitos destinados a serem respondidos pelos jurados acerca do fato delituoso e demais circunstâncias, bem como as teses levantadas pela defesa³¹.

Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo com que cada um deles possa ser respondido com simples “sim” ou “não”³².

Feita a leitura, o Juiz deverá explicar aos jurados o significado de cada quesito e questionar as partes se há algum requerimento ou reclamação, procedimento nos termos do artigo 484 do Código de Processo Penal³³.

Seguindo a ordem correta dos quesitos constados no artigo 483, *caput*, do Código de processo penal, passa-se a votação³⁴.

1.6.4 Votação

Na votação os jurados, o Juiz, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o advogado da defesa, o escrivão e o oficial de justiça são encaminhados à sala secreta para realização do feito. Antes de se iniciar a votação de cada quesito, o Juiz Presidente distribuirá aos jurados, cédulas de papel opaco contendo 07 delas a palavra “sim” e 07 delas contendo a palavra “não”. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá as cédulas em duas urnas: uma para os votos e outra para as cédulas não utilizadas³⁵.

Feitas as respostas, serão verificados os votos tanto da urna de votação com da urna de descarte dos votos não utilizados, sendo tudo registrado pelo escrivão, inclusive o resultado do julgamento. Sendo a decisão tomada por maioria de votos, encerrada a votação, será o termo a que se refere o artigo 488 do Código de Processo Penal, assinado pelo Juiz presidente, os jurados e as partes³⁶.

1.6.5 Sentença

³¹ Idem, p. 673

³² Idem p. 673

³³ Idem, p. 673

³⁴ Ibidem, p. 674

³⁵ Ibidem, p. 675

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 675.

Encerrada a votação e com a assinatura dos jurados, das partes e do Juiz Presidente, este proferirá a sentença. No caso de absolvição, o Juiz deverá colocar o acusado em liberdade imediatamente, salvo se estiver preso por outro motivo que não o do discutido. Em caso de desclassificação deverá designar os autos para o juízo competente. Em caso de condenação o Juiz presidente determinará a dosimetria da pena. A sentença será lida em plenário antes do encerramento da sessão de instrução e julgamento³⁷.

1.7 Os Jurados

1.7.1 Prerrogativas para ser jurado

Os jurados devem possuir mais de dezoito anos. Os maiores de setenta podem requerer dispensa. Também devem ser alfabetizados, uma vez que é necessário que o jurado tome conhecimento dos fatos e provas constituídos nos autos do processo, sendo que, o analfabeto não poderia sozinho tomar o devido conhecimento sem a quebra da incomunicabilidade, requisito do Tribunal do Júri.³⁸

O jurado também deve gozar de boa saúde mental, para que possa ter a correta e plena compreensão do que lhe for apresentado, estar em dia com seus direitos políticos e, em alguns momentos, é necessário ser brasileiro nato ou, em outros, apenas possuir a nacionalidade brasileira. No caso de o jurado não preencher alguns desses requisitos essenciais ou ser negado, mesmo sendo apto, caberá recurso em sentido estrito para o Tribunal de Justiça, de acordo com o artigo 581 inciso XIV e 582 parágrafo único do Código de Processo Penal.³⁹

1.7.2 Jurados: Razão X Emoção

É durante os debates que a acusação e a defesa têm a oportunidade de convencer os jurados com suas teses. É nesse momento também que tentam informar os

³⁷ Ibidem, p. 676

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 155 e 158.

³⁹ Ibidem, p. 158-159.

jurados sobre os autos do processo. Uma observação importante é que, a maioria dos jurados, não possuem habilidades técnicas.⁴⁰

Edilson Bonfim, em seu livro *Júri do inquérito ao plenário*, defende que nem sempre a emoção tem uma relação harmônica com a razão, pois os jurados também são seres humanos, o que torna essa separação entre razão e emoção impossível. Por isso, o orador, via de regra, tenta conquistar o grupo de jurados pela simpatia. Tendo em vista que até mesmo entre os magistrados há essa divergência na hora de sentenciar, sendo uns são mais comedidos, utilizando da razão para fundamentar suas decisões, e outros são levados pela emoção, decidindo, muitas vezes, diversamente da lei.⁴¹

“De que adianta a este um processo repleto de provas, uma instrução bem feita, se, com apatia, acabaria por desvalorizá-las, desacreditando-as?! As provas não falam por si, ao contrário do que se propala, é preciso que se dê a elas, ao menos, o viço do verbo, e a este, *vida*.”⁴²

Fazendo alusão que as decisões e atitudes tomadas em plenário têm influência direta nas emoções das pessoas envolvidas, sejam elas a defesa, a acusação ou os jurados, se o orador não possui simpatia na hora de defender sua tese, ter provas favoráveis nem sempre é o suficiente para convencer os jurados, já que as provas não falam por si só.⁴³

“O Júri somente vê o que lhes mostram os tribunais. Se não pode a visão primordial dos olhos (sentido visual) ser turbada pelo etéreo das visões alvitadas pelas emoções paroxísticas, estas não podem ser desconhecidas, para não deixar a razão sem consistência.”⁴⁴

Dessa forma, a razão e emoção subsistem e, sendo afetada uma delas, há um reflexo diretamente proporcional na outra, faz-se necessário a utilização das duas para se chegar a uma conclusão ou decisão, utilizando-se do auxílio da psicologia perante a lei.⁴⁵

⁴⁰ MOUGENOT, Edilson Bomfim dos. *Júri do inquérito ao plenário*. 4 ed. Saraiva, 2012, p.280.

⁴¹ Ibidem, p. 286-287

⁴² Ibidem, p. 294

⁴³ Ibidem, p. 293-294

⁴⁴ Ibidem, p. 289/290

⁴⁵ MOUGENOT, Edilson Bomfim dos. *Júri do inquérito ao plenário* 4 ed. Saraiva, 2012. p. 294

Entende-se também que os jurados podem estar entre quatro tipos de estado em face do problema da verdade, segundo Martins de Almeida no livro “O livro do jurado” cit. p.56, são eles:

Estado de ignorância, onde a verdade é para ele totalmente desconhecida. Estado de dúvida, onde a verdade se apresenta como possível, ainda hesitando entre o “sim” e o “não”. Estado de opinião, onde a verdade é provável, mas não se exclui o risco de errar. Estado de certeza, onde a verdade surge com plena evidência, segundo citação do texto “é resolvendo as dúvidas que temos a certeza⁴⁶”.

Quanto ao estado de opinião, o exemplo citado demonstra com clareza como é complexa e divergente a opinião de cada um:

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Há de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só.
Podeis dizer que um deles traiu a verdade?⁴⁷

Durante os debates é preciso que o Promotor prove a verdade, por meio das provas e evidências. Afinal é resolvendo as dúvidas que se chega à certeza⁴⁸.

1.8 Causas de nulidades do julgamento: artigo 478 do CPP

O artigo 478 do Código de Processo Penal trata das questões que, se feitas qualquer tipo de alusão, durante os debates em plenário, causam a nulidade do julgamento. São elas:

“I - à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;
II - ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.”

Mougenot levanta também dúvidas sobre a constitucionalidade, do referido artigo, que tira a celeridade do processo. O autor em sua obra ressalta que tais informações são valiosas e subtraídas do conhecimento do julgador atrapalham o processo como um todo. E complementa dizendo que nesse artigo também há o impedimento que seja abordado em plenário qualquer alusão de decisões proferidas

⁴⁶ Ibidem, p. 297

⁴⁷ Ibidem, p. 282

⁴⁸ Ibidem, p. 297

pelo STJ ou STF, com a justificativa de que estaria sendo feito um elogio ao réu (“argumento de autoridade⁴⁹”).

O significado do termo “argumento de autoridade” confronta, mais uma vez, com o artigo 478 do Código de Processo Penal, pois argumenta que, o que o legislador queria dizer não disse e que as partes não poderiam distorcer a natureza jurídica das causas mencionadas no artigo. No caso da pronúncia, o promotor não poderia dizer que ao pronunciar o réu, o Juiz já o teria condenado previamente, ou mencionar que o uso das algemas demonstra periculosidade do acusado, deste modo, confirma que o artigo 478 fere o artigo 5^a, LIV da Constituição Federal⁵⁰.

⁴⁹ MOUGENOT, Edilson Bomfim dos. *Júri do inquérito ao plenário*. 4^a ed. Saraiva, 2012. p. 299.

⁵⁰ Ibidem, p. 305-306

2 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Para discutir o tema central deste estudo, que é o uso dos antecedentes criminais do réu durante os debates ocorridos em plenário, é preciso entender primeiramente o instituto da reincidência e sua evolução. Como é seu funcionamento no ordenamento penal, quais os seus efeitos extrajudiciais, suas raízes, os conceitos de culpabilidade e periculosidade. Serão aprofundados os argumentos dos autores que defendem a reincidência como uma afronta direta ao princípio *ne bis in idem*, abordando esse confronto no âmbito da dignidade humana.

Em contraponto tem-se também a justificativa utilizada pela jurisprudência para a utilização da reincidência e, por fim, comentar sobre a reincidência durante a execução penal. E como conclusão fazer a conexão entre o instituto da reincidência e o objetivo central desse estudo.

2.1 O surgimento da reincidência no direito penal

Apesar de o aumento significativo de leis penais, pode se perceber que o direito penal é voltado para a persecução do crime de massa⁵¹. Tomando como base essa afirmação, constata-se que a reação do sistema penal ao ato é mais significativa que o ato criminoso em si. E a partir das estatísticas criminais e da relação de opinião pública e alarme social é que se constrói uma regra entre a distribuição de criminalidade nos grupos sociais⁵².

O direito penal não só se orienta pelo dano social do crime, mas pela vulnerabilidade dos criminosos, principalmente por sua vulnerabilidade psicológica⁵³.

O conjunto de cerimônias utilizadas para separar os “anormais”, se manifesta desde o primeiro contato do indivíduo com o sistema pelo indiciamento, que este indiciamento já pode ser usado para “sujar” o seu passado, pelo que consta em sua

⁵¹ BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p. 296

⁵² Ibidem, p. 297

⁵³ Ibidem, p. 299

folha de antecedentes policiais, tornando esse conjunto de folhas de antecedentes o status social dos indivíduos, justificando a sua seleção pelo sistema punitivo⁵⁴.

Ainda mais grave que a simples anotação, a denominação dada pelo controle judicial de reincidência, sendo assim é criada a figura da reincidência, possibilitando a chamada carreira criminal⁵⁵. A reincidência tornou-se um campo fértil de estudos da criminologia, sendo que a partir da fundamentação científica de reincidência proporcionou estabelecer uma relação de causalidade entre criminoso e o crime e sua periculosidade, o que explicariam sua inclinação natural a prática de crimes⁵⁶.

Com o Código penal italiano de 1930 tomado como base para o brasileiro, foi arquitetada a presunção absoluta da periculosidade do indivíduo considerado pela dogmática penal da reincidência⁵⁷.

Sendo assim, delimitar a diferença entre culpabilidade do ato, e culpabilidade do autor é necessário, pois é desse conflito que surge a discussão entre reincidência como princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁸.

2.2 O Instituto da reincidência no direito penal brasileiro

Reincidência para o direito penal brasileiro é todo aquele indivíduo que já tendo cometido uma infração penal, pratica outro crime. Mas, mesmo assim, esse conceito não é exato. As legislações atuais que permitem o uso da reincidência exigem dois pressupostos. São eles: uma primeira condenação e o cometimento de uma nova infração penal posterior a primeira condenação transitada em julgado, pois em nossa Constituição Federal defende o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), ou seja, todos são inocentes até que se prove o contrário⁵⁹.

O Código Penal Brasileiro adota a reincidência genérica, a qual o primeiro crime não precisa ser de mesma natureza que o segundo para ser caracterizada a reincidência, diferente da legislação penal estrangeira, em que ocorre o caso de

⁵⁴ BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p. 300-301.

⁵⁵ Idem, p.301.

⁵⁶ Idem, p.301.

⁵⁷ Idem, p. 301.

⁵⁸ Ibidem, p. 302.

⁵⁹ FREITAS, Recardo. Reincidência e Repressão Criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo, p.96

reincidência específica, sendo observada a gravidade dos delitos cometidos, para então observar a presença ou não da reincidência⁶⁰.

O ordenamento penal brasileiro não permite a reincidência perpétua. Transcorrido o prazo de cinco anos do trânsito em julgado, caso o indivíduo não tenha cometido nenhum outro delito nos termos da lei, esse passa a ser primário novamente, mas portador de maus antecedentes, diferente das demais legislações penais, as quais só há reincidência temporária nos crimes de menor potencial ofensivo, o que torna o Código Penal Brasileiro mais progressista que os estrangeiros⁶¹.

Todavia, o instituto da reincidência no sistema penal brasileiro torna difícil a reinserção social do agente, fazendo com que a pena privativa de liberdade seja mais difícil de ser cumprida no regime aberto ou semiaberto⁶².

2.3 A evolução do instituto da reincidência no direito penal brasileiro

O código criminal do Império de 1830 trazia a reincidência específica, ou seja, só ocorre a reincidência somente quando há crime de mesma natureza, mas foi vetado o fenômeno da reincidência múltipla, como ocorre em outros países⁶³.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 seguiu a mesma linha de pensamento do código anterior (do império) no que diz respeito à reincidência, sendo esse mais específico e preciso que o anterior. A consolidação das leis penais de 1932 manteve o mesmo tocante da reincidência que o código antecessor, sem nenhuma modificação⁶⁴.

Somente o Código Penal de 1940 trouxe a reincidência como conhecemos hoje. Nele foi retirada a reincidência específica, e veio a reincidência genérica, o texto da lei traz o seguinte: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, em país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, delimitando um prazo prescricional para a aplicação desta agravante. Contudo, fica a dúvida se o instituto da reincidência no

⁶⁰ FREITAS, Recardo. *Reincidência e Repressão Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo, p. 97.

⁶¹ Idem, p.97.

⁶² Ibidem, p. 102.

⁶³ Ibidem, p.102-103

⁶⁴ Ibidem, p. 104

ordenamento atual é compatível com o direito penal do Estado democrático de direito⁶⁵.

O Código Penal Brasileiro ainda continua conferindo um tratamento deletério para o indivíduo que cai nas malhas do sistema repressivo penal após ter sido anteriormente condenado por sentença transitada em julgado⁶⁶.

Em suma é necessário questionar se a conservação do instituto da reincidência no direito penal brasileiro é compatível com o direito penal do Estado Democrático de Direito, para isso se faz necessário examinar os argumentos doutrinários que justificam esse instituto⁶⁷.

2.4 A atual sistemática da reincidência no Código Penal

O conceito e definição de reincidência podem ser encontrados no artigo 63 do Código Penal. O Brasil adotou a reincidência ficta, ou seja, basta uma condenação anterior com o trânsito em julgado para ser caracterizada a reincidência, não importando se a pena foi ou não efetivamente cumprida⁶⁸.

Já a reincidência real é quando o agente já cumpriu a pena totalmente ou parcialmente, sendo que para o nosso sistema penal, a reincidência não poderia ser fundamentada em qualquer função da pena, vez que não a pressupõe⁶⁹.

O crime para o sistema penal brasileiro só pode ser considerado juridicamente existente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁷⁰.

No cotidiano da prática penal é fácil perceber que a divergências entre a aplicação da teoria, e na prática do artigo 61, inciso I, do Código Penal, os efeitos da reincidência vão muito além de uma simples agravante de pena⁷¹.

⁶⁵ FREITAS, Recardo. *Reincidência e Repressão Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo, p. 106

⁶⁶ BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p.302

⁶⁷ FREITAS, Op. Cit., p.110

⁶⁸ BERLA, Op. Cit., p.302

⁶⁹ Ibidem, p.303

⁷⁰ Idem, p.303

⁷¹ BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p. 304.

Além de funcionar como agravante a reincidência funciona como modo impeditivo de concessão de benefícios para o acusado, também impede as causas de diminuição de pena⁷².

“A extinção da punibilidade se dá com o cumprimento desta [pena], enquanto os efeitos maléficos da reincidência ainda perduram por cinco anos, contando do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade” (Yarochevsky, 2005, p.70) citação⁷³

Após a prescrição da reincidência descrita no artigo 64, I, do Código Penal, que são de cinco anos, tal informação ainda continua no campo penal/judicial, mais com efeitos mais brandos, tidos como “maus antecedentes”, mas para os efeitos penais o réu é tido como primário para as concessões de benefícios, progressão de regime, direito a substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direito, entre outros⁷⁴.

2.5 Os efeitos extrajudiciais da reincidência

O efeito extrajudicial da reincidência tem por finalidade identificar os criminosos para que os Promotores e a polícia possam combater os indivíduos e os crimes, pois tal dispositivo confirma a periculosidade do indivíduo o taxando de criminoso, por menos que seja sua reincidência já será taxado de “inimigo da lei”⁷⁵.

O *Second code* corresponde, portanto, ao conjunto de interpretações e de aplicação de regras gerais, que existem paralelamente ao conjunto de regras gerais de comportamento, este último consistindo nas leis penais postas. (Baratta, 2002, p 104) citação⁷⁶

O que torna esses efeitos negativos para os indivíduos anteriormente condenado, pois esse passa a ser mal visto pela sociedade como criminoso mesmo sem ter cometido novo crime, tem-se então o direito penal do autor.

2.6 Raízes da reincidência

A reincidência sempre esteve presente na legislação penal brasileira, mas com diferentes modalidades, e graus de danos para os acusados. De qualquer forma

⁷² Ibidem, p.305.

⁷³ Ibidem, p. 306.

⁷⁴ Ibidem, p.307.

⁷⁵ Ibidem, p.308.

⁷⁶ Ibidem , p.309.

pode se constatar que na jurisprudência atual está se recriando os casos de periculosidade presumida como era nos antigos moldes do Código Penal de 1940, (presunção de periculosidade sem admissão de prova ao contrário)⁷⁷.

Mas mesmo com essa evolução o instituto da reincidência tem muito que evoluir para se enquadrar nos moldes do Estado moderno de direito utilizado no nosso sistema judicial atual.

2.7 Da periculosidade à culpabilidade (do autor)

Para entender a reincidência, precisam-se compreender os conceitos de periculosidade e culpabilidade do autor, uma vez que esses dois conceitos estão diretamente ligados à incidência ou não da reincidência.

A reprovação que se faz ao autor de uma conduta atípica e antijurídica é o conceito moderno de culpabilidade. Resumindo, é o juízo negativo de reprovação que se faz ao autor. Só se pode dar essa reprovação se ela estiver na esfera de ação de fazer ou não fazer. No entanto, isso deve ser evitado, segundo previsão em lei. A evitabilidade, que reside no interior do psiquismo humano, na possibilidade de calcular as consequências de suas ações, são fatores essenciais para a periculosidade do agir racional do ser humano⁷⁸.

Em outras palavras, temos o entendimento de Falconi:

“A culpabilidade se insere num dos pontos culminantes do moderno Direito Penal, dela derivado a proporcionalidade da pena nos casos concretos, de tal forma que o preceito “*nullum crimen sine culpa*” foi inserido na atual Constituição Federal, que exige o respeito à presunção de inocência até prova cabal da culpa (lato senso)”⁷⁹

Quanto ao posicionamento e a conclusão que o autor doutrinário Romeu Falconi tem sobre a culpabilidade é que:

“Sendo a culpabilidade o resultado da análise valorativa da conduta do agente, não há como dissociar essa forma de conduta do palco em que ela se desenrola. Assim, a par do que já disse, acresça-se a adequação social como elemento fundamental para o perfeito juízo de reprovabilidade-

⁷⁷ BERLA, Gabriel Vieira. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, p.320

⁷⁸ Ibidem, p.322-323

⁷⁹ FALCONI, Romeu. Reabilitação criminal. São Paulo: Ícone, 1995. p. 21

censurabilidade-cujos graus estão vinculados inexoravelmente ao meio em que se desenvolve a criminalidade.”⁸⁰

A partir da adoção da culpabilidade do ato, a aferição da reprovabilidade passa a ser objetiva, o que confere uma segurança aos indivíduos no exercício de sua liberdade de ação, por meio da possibilidade deste saber o que faz aquela em conformidade com o direito penal, e se não, quais são as possíveis consequências desse agir em desacordo com as normas⁸¹.

2.8 Diante do princípio do non bis in idem

A Constituição apresenta seu posicionamento quanto aos valores econômicos, políticos e sociais. Mas para isso, é preciso valer-se do ramo da ciência jurídica conhecida como “hermenêutica”, que visa estudar os princípios e regras de interpretação do direito⁸².

E com esse estudo pode-se aferir que a interpretação é o que traz o significado e o alcance dessa norma em um caso concreto. Já sua aplicação forma o estágio final da interpretação dela, gerando consequências a um fato concreto.

Ainda no âmbito da interpretação há o instituto da construção. Essa, por sua vez, visa sanar eventuais situações que não foram tratados expressamente no texto, o que torna a construção um processo de tirar conclusões a respeito desse mesmo texto. As normas consideradas como abstratas são tidas como princípios por terem sua ampla interpretação. Assim os princípios têm por si só uma maior carga valorativa⁸³.

Dessa forma, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores-base do ordenamento jurídico, alcançando todos os ramos do direito. Portanto, o direito penal deve seguir os valores da Constituição. Assim, a reincidência criminal deve seguir esses princípios. Alguns doutrinadores apontam que o instituto da

⁸⁰ Ibidem, p. 35

⁸¹ BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p.326

⁸² ASSIS, RAFAEL DAMACENO de, *Análise Crítica do Instituto da Reincidência Criminal*. Revista CEJ - v.12 n.40 jan. / mar. 2008, Brasília, p. 74.

⁸³ ASSIS, RAFAEL DAMACENO de, *Análise Crítica do Instituto da Reincidência Criminal*. Revista CEJ - v.12 n.40 jan. / mar. 2008, Brasília, p.74.

reincidência vai de encontro com o artigo 5º, XXXVI, que dispõe sobre “coisa julgada”.

Um dos fundamentos utilizados para justificar a reincidência é:

“O aumento de pena se justifica por que a reincidência demonstra ser o delinquente portador de maior “periculosidade”, aqui entendida como maior possibilidade do indivíduo praticar novamente um ilícito, sendo, pois, necessária em defesa da sociedade contra o infrator.”⁸⁴

Há severas críticas a esse entendimento, pois ao ser observado desse jeito gera uma periculosidade presumida, sendo que para ser feita tal valoração necessidade algum fato concreto.

Os adeptos que condenam a reincidência pela ocorrência do *non bis in idem* que é uma garantia penal (ninguém pode ser condenado pelo mesmo crime duas ou mais vezes), os que defendem a violação desse princípio usam como argumento o fato de que a pena do segundo delito ser maior em virtude de uma condenação anterior viola o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal⁸⁵.

2.9 A dignidade da pessoa humana

Na mesma linha de pensamento do tópico anterior sendo a crítica mais forte feita ao instituto da reincidência a violação do princípio *ne bis in idem*, pois esse constitui uma dupla valorização pelo mesmo fato, mas tal afirmação é refutada com o seguinte argumento:

O que se pune através do instituto da reincidência não é o fato anteriormente punido, mas sim o que este fato concreto representaria a respeito de seu autor, de sua personalidade ou “modo de condução de vida”. (Ditticio, 2007, p. 57-58)⁸⁶.

Assim, esse argumento faz com que a reincidência funcione como rotulador de indivíduos criminalizáveis e seus efeitos extremamente deletérios ao seu portador

⁸⁴ Idem, p. 74.

⁸⁵ Ibidem, p.75.

⁸⁶ BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo, p. 327

servem como instrumento de formação de bodes expiatórios sócias, surgindo então, o chamado direito penal do inimigo⁸⁷.

Nesse mesmo pensamento, temos outras opiniões que tratam da reincidência da seguinte maneira: inicialmente começa com a afirmação de que apesar de muito tempo, alguns institutos do direito penal continuam a despertar o interesse de doutrinadores. Esse fato ocorre com o instituto da reincidência, sendo que sua existência gera muitas divergências no ramo do direito penal⁸⁸.

Algo surpreendente é o fato de o instituto da reincidência se manter no direito penal, mesmo sendo do Estado Democrático de Direito. Tanto no Estado Democrático como no Autocrático, a opinião pública é predominante no sentido de que, o autor que persevera na prática de delitos precisa ter uma punição mais severa, para mantê-lo longe do convívio social⁸⁹.

O argumento principal que justifica esse pensamento:

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário, a reincidência não pode ser justificada nem com base na dogmática do direito penal nem com fundamento na sociologia criminal, o que justifica a urgente revogação dos artigos do Código Penal brasileiro que lhe dizem respeito ou, alternativamente, a partir de uma perspectiva evolucionista, a progressiva revogação dos dispositivos legais referentes aos seus efeitos mais nocivos⁹⁰.

2.10 O instituto da reincidência e o Estado democrático de direito

Reconhece-se atualmente que o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito é exatamente abrangente, razão pela qual dele se extraem todos os demais princípios constitucionais, inclusive os que dizem respeito ao direito Penal. Portanto, há Estado Democrático de Direito quando o direito penal respeita e observa os princípios constitucionais penais⁹¹.

Mas mesmo com esses argumentos contrários ao instituto da reincidência, há aqueles que buscam uma justificativa doutrinária para esse instituto, os quais serão tratados no próximo tópico.

⁸⁷ Idem, p. 327

⁸⁸ FREITAS, Recardo. *Reincidência e Repressão Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo, p.93

⁸⁹ Ibidem, p.94

⁹⁰ Ibidem, p. 95

⁹¹ Idem, p. 95

2.11 A justificação doutrinária do instituto da reincidência

No século XIX a justificativa que se utilizava para aplicação do aumento de pena pela reincidência é de que a maior insensibilidade do delinquente em relação à pena sofrida pela primeira vez, tornando a primeira pena insuficiente⁹². Tal afirmação se faz infundada, pois a finalidade do direito penal é a proteção do bem jurídico tutelado e a vontade do agente de violar tal proteção é a mesma tanto na primeira quanto na segunda vez que comete o delito⁹³.

A razão justificativa para o aumento da pena em caso de reincidência deve ser encontrada no fato de que a recaída no delito demonstra uma vontade persistente de delinquir e, portanto, uma maior capacidade delitiva. (Moggiore, giuseppe. Op. Cit., p199)⁹⁴.

Ou seja, o indivíduo pode ser castigado, pois demonstra inclinação para o cometimento de delitos, deixando claro sua intenção de cometer delitos no futuro. O fundamento da reincidência se baseia na periculosidade do agente e não de sua culpabilidade⁹⁵.

Miguel Reale Junior é a favor da pena mais gravosa no caso da reincidência, pois recrimina a conduta de vida do indivíduo e para reprimir a vontade de delinquir do agente⁹⁶.

Com a análise das doutrinas pode ser observado que são esses dois requisitos que justificam a utilização do instituto da reincidência, o da periculosidade do agente e/ou sua culpabilidade, tornando sua pena mais gravosa que as de um réu primário ou de um réu com maus antecedentes, sendo que tais elementos se mostram problemáticos ao ponto de vista doutrinário atual⁹⁷.

Entretanto, Romeu Falconi tem uma visão mais radical quanto a justificativa para o registro e a utilização dos antecedentes criminais, pois segundo ele:

⁹² Ibidem, p. 110

⁹³ Ibidem, p. 111

⁹⁴ Ibidem, p.113

⁹⁵ Idem, p. 113

⁹⁶ Ibidem,, p.114

⁹⁷ Idem,, p.114-115

“Na realidade, o que se quer, é ter-se absoluto controle sobre o cidadão-ainda que delinquente- para poder pressioná-lo sempre e mais [...] é a necessidade de manutenção do aparato da informação, que só registra entradas e não cuida de dar baixas, ou mesmo corrigir as informações catalogadas.”⁹⁸

Falconi ainda finaliza fazendo uma crítica ao funcionamento da administração pública, em suas próprias palavras:

“Esses registros, estimulados de todas as formas, servem para justificar o trabalho- mal realizado, diga-se- de segmentos da administração pública. É necessário demonstrar quão inútil a permanente fiscalização. Fiscalização voltada exclusivamente para historiar o fato consumado, sem qualquer outro objetivo prático. Não há absolutamente que possa justificar a necessidade de o Juiz saber da vida anterior do denunciado antes de afirmar sua convicção sobre o fato incriminador.”⁹⁹

2.12 A deslegitimação do discurso justificador do instituto da reincidência pela sociologia criminal

Ao contrário do que diz a doutrina “o tratamento político-criminal da reincidência não apenas está alheio à criminologia como se coloca em posição contrária às suas conclusões”. E fica claro que a pena restritiva de liberdade não cumpre sua função social de reintegração, o que faz os juristas com pesar reconhecer que a pena é um mal, mas um mal necessário¹⁰⁰. Esse pensamento vai totalmente contra o princípio da pena, que tem o caráter de reinserir o indivíduo na sociedade.

2.13 Diante do desenvolvimento da ciência penal

Para analisar as consequências da aceitação do instituto da reincidência, se faz necessário o estudo do conceito. Legitimação dada ao Estado para exercer o direito-dever de punir tem como base a teoria de Rousseau. Essa diz que cada indivíduo firma um contrato social com a coletividade ou cabe ao Estado regular com uma

⁹⁸ FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 166

⁹⁹ Ibidem, p. 167

¹⁰⁰ FREITAS, Ricardo. *Reincidência e Repressão Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo, p.115

força superior coordene as vontades singulares que tendem a atrapalhar o convívio social dos demais¹⁰¹.

2.14 Quanto a abrangência material do instituto da reincidência

O conceito de reincidência é amplo e abrange todos os fatos criminosos genericamente praticados, tendo vigência em todos os crimes do Código Penal, ou em lei especial, tendo suas restrições, como as contravenções penais, crimes militares próprios, crimes políticos, e em relação ao crime culposos¹⁰².

2.15 Influência da reincidência na execução penal

A saída do preso do estabelecimento prisional (progressão de regime) tem com finalidade a reintegração desse indivíduo no meio social, sendo esse procedimento diferente entre presos primários e reincidentes, “o cumprimento mínimo de 1/6 para réus primários e 1/4 quando reincidente¹⁰³”.

2.16 Tratamento da reincidência

É bom se questionar se existe qualquer resposta positiva pela aplicação do instituto da reincidência. Sob o aspecto político criminal, tem-se que fazer uma crítica do sistema para então formular as propostas para melhorias e correções. Assim, a primeira correção que se é pensada é a reintegração dos delinquentes no meio social, reflexos do Estado Democrático¹⁰⁴.

Já o direito penal moderno tem como objetivo o princípio da humanidade. Sendo assim, se promulgou a lei de execuções penais, que teriam como objetivo a melhoria da situação prisional do sistema prisional como um todo. Contudo, o sistema prisional de regime aberto deveria ser mais amplo com a devida infraestrutura e dispor de programas para a reabilitação dos indivíduos no convívio social. Mas isso se torna impossível devido às condições precárias do sistema carcerário atual¹⁰⁵.

¹⁰¹ ASSIS, RAFAEL DAMACENO DE, *Análise Crítica do Instituto da Reincidência Criminal*. Revista CEJ - v.12 n.40 jan. / mar. 2008, Brasília, p.76

¹⁰² Ibidem, p. 113

¹⁰³ Ibidem, p. 122

¹⁰⁴ Ibidem, p.78

¹⁰⁵ Idem, p.78

A persecução penal desenvolvida pelo Estado inicia-se como consequência de um ato seja ele omissivo ou comissivo, em que o indivíduo preenche requisitos do tipo penal descritos na legislação. Podendo ser esse ato típico, antijurídico e culpável, ainda se enquadra em qualquer excludente prevista em lei¹⁰⁶.

Assim, há outra percepção e conceito quanto à reincidência, que em seu conceito a classifica da seguinte maneira: significa recair, tornar a incidir, ato repetido, o Código Penal apenas indica as condições de sua verificação:

“Tendo em vista que a doutrina entende com reincidente a situação do agente que pratica uma nova infração penal quando já condenado por crime anterior, mediante sentença com trânsito em julgado¹⁰⁷.”

Contudo, pode-se concluir que a reincidência e sua aplicação são muito discutidas e sua aplicação. Muitas vezes, se faz contrária aos princípios que regem o ordenamento jurídico atual, taxando alguns indivíduos e fazendo com que apareça o fenômeno do direito penal do autor, o qual será devidamente estudado no próximo capítulo.

¹⁰⁶ Ibidem, p.79

¹⁰⁷ Ibidem, p.112

3 OS ANTECEDENTES CRIMINAIS APLICADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI COM BASE NO DIREITO PENAL DO AUTOR

Como dito anteriormente, o ápice na segunda fase do tribunal do Júri é o momento dos debates, pois é nesse instante que tanto a defesa quanto a acusação têm a oportunidade de utilizar todos os recursos colhidos durante o processo criminal para elaborar teses e tentar convencer os Juízes populares do veredicto esperado.

“O debate mascara ao mesmo tempo a realidade, está anteriormente limitada pelas condições de sua produção. Os atores jurídicos, ao servirem de mediadores de uma realidade que não é a sua, perdem de vista o sentido de opressão inscrito no trabalho que realizam, passando a atuar como se, de fato, todos fossem iguais.”

Segundo Lenio Streck “a ritualística do júri tem o seu momento maior por ocasião dos debates”, sendo que ele mesmo afirma que os “debates entre acusação e defesa que a sorte do acusado será decidida”¹⁰⁸.

Todavia, nesse mesmo sentido do convencimento dos jurados por meio das teses escolhidas, as partes se utilizam dos antecedentes criminais para contextualizar seus debates e argumentos, tornando suas falas parecidas no começo, mas com fins opostos.

Tal divergência se dá pelo fato da acusação querer taxar o acusado como criminoso, enquanto a defesa em contraponto tenta arguir a inocência do acusado ou até mesmo imputar a vítima a característica de criminoso.

Pensamento esse condicente com o do professor Streck que em uma de suas obras traz os seguintes termos:

“Ambos, tanto o promotor de justiça como o advogado de defesa, usam discursos semelhantes, diferenciados somente no que tange à caracterização do réu e da vítima. Assim, à primeira vista, pode-se crer que, entre a dialética dos discursos da acusação e da defesa, há uma oposição. Na realidade constata-se que ambos – acusador e defensor – funcionam como agentes neutralizados/neutralizadores, equilibrados/equilibradores dos fatos, instituídos/instituintes do social e dos demais agentes em ação.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 98.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 72

Com isso, toma-se como conclusão que os discursos praticados durante o plenário, tem como fundamento a qualificação ou a desqualificação do acusado ou da vítima, a depender da parte que está com a palavra durante os debates.

3.1 Direito penal do autor

Diante desse contexto formado, são feitas críticas a essa sistemática criada durante os debates, pois feito isso, muitas vezes é deixado de lado o fato descrito na denúncia a ser julgado e se passa a fazer um juízo de valor da forma de vida da pessoa ali acusada de ter praticado o delito. Com isso, afirma Streck, é criado duas figuras distintas: o *direito penal do fato* e o *direito penal do autor*. (P.73)

Ou seja, acusa-se ou defende-se o acusado não pelo fato criminoso que supostamente cometeu, mas sim pelo seu comportamento dentro da sociedade em que está inserido. Em outras palavras, Gunther Jakobs, que segue a corrente de pensamento do Direito Penal do Inimigo diz que:

“Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico penal”, e conclui mais a frente seu pensamento dizendo “é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo.”¹¹⁰

Segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo é punido pelo o que ele é, ou seja, pelo papel que ele atua na sociedade. Concluindo-se que, se esse indivíduo não segue as regras para o bom convívio em sociedade, esse indivíduo deve ser visto como um inimigo.¹¹¹

Para fundamentar sua teoria Jakobs afirma ainda que “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.”¹¹²

Mas como foi dito, em contraponto, além do Direito Penal do Autor, tem-se também o Direito Penal do Fato, que teoricamente é adotado pelo sistema penal brasileiro, o

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25

¹¹¹ Ibidem, p. 26

¹¹² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

qual tem, como um dos fundamentos, o princípio da culpabilidade, tomando juízo de valor não a personalidade do acusado, mas a conduta por ele praticada.

Dois autores garantistas, Pierangeli e Zaffaroni, defendem do direito penal do fato, segundo eles:

“[...] um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.”¹¹³

Com isso, chega-se a um impasse em que durante os debates no tribunal do júri se tem a prática do direito penal do autor em face do Direito Penal do Fato, direcionando mais seus argumentos para as pessoas envolvidas no delito, ao se concentrarem o debate aos fatos em julgamento descrito na denúncia.

Então passa-se a analisar os dois discursos, tanto da acusação quanto da defesa, para entender como a teoria penal do autor é utilizada para atingir o objetivo desejado quanto aos jurados.

3.2 Discurso da acusação

A acusação em suma tenta denegrir a imagem do réu durante sua fala nos debates, tentando a todo custo mostrar para os jurados que o acusado é um mal elemento para o convívio em sociedade, e sua punição deve servir de exemplo para os demais com a intenção de evitar/diminuir novos crimes da mesma natureza.¹¹⁴

Lenio Luiz Streck faz alusão à assertiva do promotor de justiça Roberto Lyra:

“Punir é manter os laços da coexistência social, equilibrar o sistema de vida coletiva, tranquilizar o meio, intimidar os predispostos, evitar a iniquidade para os sentenciados, proteger o réu contra o desespero dos que ficaram com o coração em crepe.”¹¹⁵

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 78.

¹¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e rituais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 75.

¹¹⁵ Ibidem, p. 77.

Streck também que caso o acusado possua maus antecedentes serão enfatizados com ênfase mostrando para os jurados que está não é a primeira vez que o acusado violou as regras impostas pela sociedade organizada.¹¹⁶

3.3 Plenitude de defesa

Antes de caracterizar o discurso feito pela defesa, tem-se que entender o que é plenitude de defesa e a diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa.

O direito à liberdade é um dos direitos fundamentais mais importantes para o homem, uma vez que:

“Privado do seu direito de ir e vir, terminaria fenecendo e degenerando física e psicologicamente. Nascem livres os seres humanos e seu direito individual e essencial à liberdade somente pode ser limitado, via de regra, caso seja para aplicar uma pena, sanção do Estado destina a resgatar a ordem e a liberdade da sociedade.”¹¹⁷

Isso permite que os demais direitos fundamentais sejam garantidos pelo Estado, tornando assim o direito à liberdade um direito não absoluto.¹¹⁸

Para que ocorra a plenitude de defesa de forma correta é preciso a ocorrência de dois quesitos, o contraditório e a ampla defesa. O devido processo legal é uma garantia tanto para a liberdade do acusado, contra prisões ilegais, por exemplo, como para da defesa da sociedade, em que retira um indivíduo que não se adequa às regras do convívio com a coletividade.¹¹⁹

Nas palavras de Nucci:

“No contexto do Tribunal do júri, onde os princípios processuais da imediatidade e da oralidade ganham relevo, torna-se fundamental garantir uma defesa justa e eficaz. O jurado, que é leigo, precisa ser corretamente informado das provas que estão nos autos, a fim de decidir, por intima convicção, o destino do indivíduo que lhe é apresentado para julgamento.”¹²⁰

¹¹⁶ Idem, p. 77.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 137.

¹¹⁸ Idem, p. 137.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 137.

¹²⁰ Ibidem, p. 138.

Por isso se faz importante à utilização da defesa técnica para o acusado, garantida no Código de Processo Penal em seu artigo 261:

“Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

Outro ponto que Nucci destaca é a diferença entre a postura do advogado de defesa no processo criminal comum e no tribunal do júri:

“A plenitude de defesa, que, no processo criminal comum, não é, obviamente, indispensável. Se o advogado, ilustrando, briga com o Juiz de direito, tal situação não fará, necessariamente, com que a haja a condenação. Se o defensor repreender um jurado, por exemplo, ou entrar em conflito com um ou mais de um (situações como essa não são tão raras como, em primeiro momento, pode parecer), haverá uma forte tendência a conduzir o caso à condenação, especialmente se houver equilíbrio probatório e o órgão acusatório for enfático quanto à necessidade de condenação.”¹²¹

Sem a plenitude de defesa o acusado estaria indefeso.

3.3.1 Diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º inciso LV:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” e também no inciso XXXVIII:

“XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
- (grifos nossos)

Apesar de parecer que a Constituição disse duas coisas iguais, na verdade está garantindo os dois direitos, para os acusados gerais a ampla defesa e para o acusado no júri a plenitude de defesa.¹²²

Nucci em uma de suas obras mesmo diz: “Em primeiro ponto, vale destacar que não se deve interpretar as normas, mormente um conjunto harmônico como a

¹²¹ FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 32.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 139.

Constituição Federal, partindo –se do pressuposto de que contêm palavras ou frases inúteis e repetidas”¹²³

Ampla defesa é o direito do acusado de segundo Guilherme Nucci, “produzir provas em seu favor e buscando demonstrar sua inocência, a fim de garantir o devido processo legal, única forma de privar alguém de sua liberdade ou de seus bens.”¹²⁴

Em contraponto, no tribunal do júri, pelo fato do rito se desenvolver principalmente pela oralidade, é necessário a plenitude de defesa pois, por ser uma decisão íntima e não precisar de fundamentação, assim como não se trata de uma garantia individual, então é necessário que a defesa seja plena, ou seja, “a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcada na perfeição”¹²⁵.

3.4 Discurso da defesa

Diferente do discurso da acusação, a defesa se utiliza do Direito Penal do Autor com a intenção de elogiar o acusado, o que pode ser chamado de “o poder dos fracos”, tentando nesse sentido se sobrepôr ao discurso da acusação.¹²⁶

Com o comportamento do acusado durante os plenários é quase todas as vezes de submissão, permanecendo o tempo todo de cabeça baixa, algumas vezes até chorando sem questionar ou falar nada (e nem pode), esse comportamento é utilizado pela defesa para passar para os Juízes populares a imagem de que o réu é um “pobre coitado”, “fraco” ou até mesmo que ele teria já se arrependido por seus atos diante tanto sofrimento que aquela ocasião o fizera passar.¹²⁷

E para reforçar ainda mais essa tese, a defesa fará menção ao modo de vida do acusado, falando se ele tem emprego fixo, se é pai de família, se possui um bom convívio com as pessoas no seu dia a dia, levando para o plenário todas as

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

¹²⁴ NUCCI, Op. Cit., p. 139-140.

¹²⁵ Idem, p. 140.

¹²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e rituais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 78.

¹²⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e rituais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 78-79.

qualidades possíveis do réu para demonstrar aos jurados que o acusado não merece a condenação que a acusação quer lhe imputar.¹²⁸

Assim como é demonstrado no livro “*No plenário do júri*”:

“Veja, jurado, qual a instrução que foi dada ao réu. Veja qual a vida que levou durante a infância. Veja, enfim, qual a mãe que a sociedade lhe deu. Indague, jurado, onde estão os verdadeiros responsáveis pela falta do leite, para alimentá-lo na amarga infância.” (Câmara, 1982, p. 104).

Tem-se então o surgimento do debate em volta da utilização ou não dos antecedentes criminais do acusado nas falas em plenário e a constitucionalidade da utilização da lei penal do autor no direito brasileiro.

3.5 A inconstitucionalidade da apresentação dos antecedentes criminais durante os debates no tribunal do júri

Nos tópicos anteriores foi demonstrado como é feito a utilização e dos antecedentes criminais por ambas as partes durante o plenário do júri. Desse modo, deve-se fazer uma análise sobre a constitucionalidade deste instituto.

Quando se está diante de Juízes leigos, tem-se que ter uma boa técnica de discurso, talvez ainda mais de quando se está diante de um Juiz togado, uma vez que Juízes leigos não possuem o domínio dos termos técnicos do direito.

Por esta razão, é necessário que tanto a defesa quanto a acusação sejam cautelosos nos seus discursos, pois uma palavra dita inapropriadamente pode ser decisiva para o convencimento do jurado, assim devem-se tomar todas as precauções para que os jurados possam entender o que se está dizendo.

“No contexto do tribunal do júri, onde os princípios processuais da imediatidade e da oralidade ganham relevo, torna-se fundamental garantir uma defesa justa e eficaz. O jurado, que é leigo, precisa ser corretamente informado das provas que estão nos autos, a fim de decidir, por íntima convicção, o destino do indivíduo que lhe é apresentado para julgamento.”
129

¹²⁸ Ibidem., p. 80.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri Princípios constitucionais*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 138

Ou seja, os jurados tomaram sua decisão de acordo com o que foi exposto durante os debates do júri uma vez que só tomaram conhecimento dos fatos e das teses de acusação e defesa naquele momento.

Sendo trazida muitas vezes a figura dos antecedentes criminais do acusado pela acusação, a fim de mostrar para os jurados que o acusado é um criminoso recorrente e por esse motivo deve ser condenado, com a justificativa de que condenando-o estaria protegendo a sociedade de um indivíduo que poderia vir a cometer novos crimes.

Quando ocorrido isso, fica configurado em suma o Direito Penal do Autor, uma vez que o acusado estaria sendo condenado pelo o que ele é e não pelo o que ele realmente teria feito, nos limites da denúncia descrita no processo.

Segundo Zaffaroni, sobre o direito penal do autor:

“Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularista de um estado de pecado jurídico; para outros, de natureza mecânica, e portanto, trata-se de um estado perigoso. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a função de divindade pessoal e, os segundos, a de divindade impessoal e mecânica.”¹³⁰

Adotada essa teoria do direito penal do autor o promotor deixa de lado assuntos como a tipicidade do fato, culpabilidade ou punibilidade do fato, e seus discursos ficam voltados apenas para o tipo de vida do acusado, com a finalidade de puni-lo pela forma de vida que este decidiu levar.

Com a maneira que os antecedentes criminais estavam sendo utilizados, Falconi tem o seguinte entendimento:

“A questão dos antecedentes criminais, aporética que é, vem preocupando seriamente, notadamente pela proliferação do uso sem controle possível, pelo menos neste momento. Indaga-se se pode o Estado agir com tanta liberdade em relação à intimidade do Cidadão, ainda que isso implique em casos anteriores da natureza criminal. À guisa de proteção do Cidadão, até mesmo depois de ele nada mais dever à sociedade e ao Estado.”¹³¹

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, . et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 131

¹³¹ FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 195-196.

Assim, uma condenação com a justificação no modo de vida do acusado, configura o direito penal do autor, sendo dessa forma totalmente contrária ao princípio da culpabilidade, adotada pelo sistema penal brasileiro, uma vez que este pune o acusado baseando-se no fato criminoso.

Segundo Zaffaroni, o direito penal do fato é:

“Em suas mais puras versões, o direito penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, da autonomia de vontade com que atuou). Esse discurso não pode legitimar a pena porque ignora por completo a estrutural e inevitável seletividade da criminalização secundária. Isso faz pena retributiva converte-se numa pena preferentemente dedicada aos inábeis, razão pela qual não é possível legitimá-la a partir da ética.”¹³²

O princípio da presunção de inocência contida na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII com o seguinte texto: “ninguém será considerado culpado até transitado em julgado de sentença condenatória”. Também se faz contrária ao método adotado para exordia acusatória, que tenta convencer os jurados de que o acusado é culpado pelos seus antecedentes criminais e portanto por sua periculosidade perante a sociedade.

Ao utilizar os antecedentes criminais a acusação acaba por prejudicar a defesa, sendo que esta atrapalha o gozo do direito da ampla defesa garantido pela Constituição Brasileira.

Nas palavras de Nucci:

“Ao réu deve ser garantida uma defesa plena e não uma acusação plena. Portanto, exibir a folha de antecedentes, não se relacionando como fato em julgamento, tem por fim beneficiar com exclusividade o prisma acusatório, não havendo apoio para tanto.”¹³³

Seguindo a linha de raciocínio das causas de nulidade do plenário do júri tem-se os incisos constantes no artigo 478 do Código de Processo Penal, dentre os quais está o da utilização das algemas com o argumento de autoridade durante o plenário de forma a prejudicar o acusado, uma vez que, visto a fragilidade do conhecimento

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, . et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 131.

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Júri Princípios constitucionais*: São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 160.

técnico dos jurados, ao verem o réu algemado e a acusação fazer menção a sua periculosidade, levaria à condenação do acusado por condição diversa da descrita na denúncia.

De maneira convergente é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Marco Aurélio:

“Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que teriam as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados”.¹³⁴

Acerca da mesma questão sobre a utilização das algemas durante o plenário sobre um ponto mais doutrinário, Guilherme Nucci diz:

Manter o réu algemado o tempo todo, especialmente no momento em que é interrogado, quase sem poder expressar-se, gesticulando com dificuldade, nunca nos pareceu a melhor medida. Em primeiro plano, deve-se destacar que o Juiz leigo não tem o mesmo preparo do magistrado togado para ignorar solenemente a apresentação do acusado com algemas. É possível destacar-se em sua mente que os grilhões representariam tanto um símbolo de perigo, quanto de culpa.¹³⁵

Pelo fato dos jurados populares não terem contato anterior com o processo ou com o acusado, ou seja, seu juízo de valor e de decisão será formado no momento do plenário, por isso o modo como o réu é mostrado para os jurados deve ser de forma cautelar. Nucci se pronuncia de seguinte maneira:

“Sabe-se por certo que a imagem da pessoa submetida a julgamento compõe o quadro idealizado pelos jurados acerca do caso, sendo impossível controlar o grau de emotividade gerado, quando o acusado ingressa no recinto algemado e assim permanece o tempo todo. Estando em disputa interesses fundamentais da pessoa humana e havendo um julgamento a ser proferido sem fundamentação, através do voto secreto, torna-se lógico evitar, a qualquer custo, a má apresentação do acusado diante de seus julgadores. É a consagração do princípio constitucional da plenitude de defesa”.¹³⁶

Assim, quanto ao uso correto dos antecedentes criminais, Romeu Falconi tem uma opinião bem mais extremista, dizendo que os usos dos antecedentes penais

¹³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 91.952. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2008. DJe-241 19.12.2008 vol. 2346-04 p. 850

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177

contaminam todo o processo penal e que o certo seria somente o magistrado ter conhecimento dos antecedentes criminais posteriores estipular a pena base na primeira fase da dosimetria da pena, em suas próprias palavras:

“Como primeira medida saneadora, seria o caso de haver proibição absoluta de referências quanto aos antecedentes criminais na fase investigatória do fato. Deve o inquérito policial cingir-se exclusivamente ao fato ventilado, defeso a juntada de qualquer informação anterior sobre a vida do cidadão.

Da mesma forma. O Ministério Público deveria articular a acusação tendo em vista apenas os fatos apurados e relatados no procedimento investigatório. Se a prova do fato não é convincente, não é lícito socorrer-se dos antecedentes criminais do investigado para o efeito de alicerçar o novo processo. A lei fala em “instruir novo processo”. Mas, aqui cabem duas observações: a primeira é a locução “instruir”, com o qual não se pode concordar. Mesmo para aplicar a pena já seria arbitrário, quanto mais para instruir processo. A outra versa sobre esses antecedentes ingressarem no feito desde a primeira hora, quer dizer, desde a instauração do inquérito policial.

O magistrado, de sua parte, deveria aplicar uma pena base antes de conhecer os antecedentes criminais para efeito do agravamento em caso de reincidência. Seria esta uma forma de evitar o desvio de opinião em caso de dúvida quanto ao fato em si. Somente após fixada provisoriamente a pena base, é que o magistrado prolator da sentença em si diria o quantum deveria ser acrescido.”¹³⁷

Ante tudo que foi exposto, é certo que existe uma lacuna no mecanismo do tribunal do júri, uma vez constatada a inconstitucionalidade da utilização do instituto dos antecedentes penais durante a fase do plenário.

Como visto anteriormente, a decisão dos jurados é de íntima convicção, logo não necessita de fundamentos. Essa decisão também é soberana, não havendo possibilidade de ser revista e o fato dos jurados serem muitas vezes leigos juridicamente, não têm a capacidade de produzir seu julgamento sem se influenciar pelos antecedentes penais expostos durante os debates. Isso vai contra o entendimento do sistema penal brasileiro que defende que o acusado deve ser julgado pelos fatos descritos nos limites da denúncia. Por fim há de se entender que diante disso não tem como a defesa se fazer plena.

3.6 PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 156 DE 2009 – PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

¹³⁷ FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 189-190

O Código de Processo Penal anterior a reforma de 2008, trazia algumas limitações durante os debates no rito do tribunal do júri. Uma das limitações estava no artigo 475, que trazia em seu texto o seguinte:

“Art. 475. Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.”¹³⁸

Entretanto, a reforma do Código de Processo Penal, feita pela Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, visando um espírito mais garantista, tornou mais branda as limitações durante os debates no tribunal do júri, com a finalidade de tornar justo o julgamento do acusado pelo corpo de jurados.

Trazendo em sua nova redação o seguinte texto:

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.”¹³⁹

Visando ser ainda mais garantista o legislador da comissão de reforma do Código de Processo Penal, elaborou um anteprojeto de reforma, o atual Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que tem como um de seus objetivos ampliar as limitações durante os debates no tribunal do júri, segundo a redação dos artigos 380 e 381 do Projeto:

“Art. 380. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – aos fundamentos da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, aos motivos determinantes do uso de

¹³⁸ DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.

¹³⁹ DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.

algumas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada.

Art. 381. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.”¹⁴⁰

Ou seja, além das vedações já existentes o legislador traz que será vedada qualquer menção ao silêncio do acusado e os depoimentos produzidos em fase inquisitorial.

Isso posto, seria de total constitucionalidade se o legislador, junto a esse artigo 380 do projeto, inserisse uma emenda incluindo um inciso IV, onde esse traria a vedação da menção sobre os antecedentes penais do acusado durante os debates, sobre pena de nulidade do conselho de sentença, garantindo assim a plenitude da defesa.

Assim, acabaria com a condenação dos acusados pelo direito penal do autor, fazendo com que o réu seja condenado pelos fatos descritos na denúncia e as provas produzidas durante o processo penal.

¹⁴⁰ PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156 de 22 de abril de 2009. Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em 30 set. 2009.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado, o acusado quando submetido ao Tribunal do Júri, não é julgado pelo que ele é ou o tipo de vida que leva, mas sim pelos fatos delituosos descritos nos limites da denúncia.

Essa doutrina, denominada “Direito Penal do Fato”, é utilizada como fundamento no Direito Penal brasileiro, após uma relevante evolução, tanto da sociedade como do direito, abandonou (pelo menos teoricamente) o chamado Direito Penal do autor.

A doutrina Direito Penal do Fato anuncia que o acusado deve ser condenado somente nos limites dos fatos narrados no processo penal e não por seus antecedentes criminais, pois se um dos fundamentos da sua condenação foi baseado em seus atos cometidos anteriormente, o acusado seria rotulado, não importando os fatos que constam no processo. Essa condenação fere a Constituição Federal, pois os antecedentes devem ser utilizados somente na fase da dosimetria da pena, momento em que será considerada sua vida criminosa.

Algo análogo à tese defendida ocorria anteriormente à reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.689/08, onde era permitido fazer alusão por parte do Ministério Público à decisão de pronúncia, aos acórdãos que confirmaram a pronúncia, à decisão que mantinha o uso das algemas no réu durante o julgamento, ou ainda, ao silêncio do réu em seu interrogatório com o intuito de promover a condenação do acusado. Essas práticas atualmente são proibidas e sujeitam a anulação do Plenário do Júri, segundo o artigo 478 do Código de Processo Penal.

Além do que, a plenitude da defesa, que é um princípio e uma garantia constitucional, não só observada no rito do Tribunal do Júri, mas em todo o direito penal, fica prejudicada quando a acusação utiliza-se dos antecedentes criminais durante os debates no Plenário, uma vez que, ao ocorrer isso, os jurados, que são leigos, não saberiam discernir a utilização correta dos antecedentes penais para a punição do réu, tornando o julgamento dos jurados tendencioso à tese de acusação, prejudicando de forma irreversível a defesa do réu.

Posto isso, esse estudo levanta os questionamentos, doutrinariamente, acerca da inconstitucionalidade da utilização dos antecedentes penais do réu durante os debates na segunda fase do Tribunal do Júri, uma vez que fere princípios constitucionais consolidados. Resultando no ápice do presente trabalho a sugestão de emenda ao Artigo 380 do Projeto de Lei do Senado nº 156/09. Pois tal conflito necessita da imediata intervenção do legislador para que o indivíduo sujeito ao Tribunal do Júri tenha um julgamento nos limites da denúncia e uma condenação como base nas provas juntadas durante o processo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, RAFAEL DAMACENO de, *Análise Crítica do Instituto da Reincidência Criminal*. Revista CEJ - v.12 n.40 jan. / mar. 2008, Brasília.

BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: Uma Perspectiva Crítica de um Instituto Criminogeno*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.18 n.82 jan. / fev. 2010, São Paulo.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995.

FREITAS, Recardo. *Reincidência e Repressão Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - v.17 n.81 nov. / dez. 2009, São Paulo.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARREY, Adriano e outros. *Teoria e Prática do Júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOUGENOT, Edilson Bomfim dos. *Júri do inquérito ao plenário*. 4ª ed. Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156 de 22 de abril de 2009. Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e rituais*. 3 ed. ver., mod. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 91.952. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2008. DJe-241 19.12.2008 vol. 2346-04.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria geral do direito penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.